En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil dieciocho, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B., D. L. c/ S. A. SA s/ SUMARIO - Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 647/17,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 876/13), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 389), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 328/343? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia condenatoria de fs. 328/343 es apelada por la vencida a fs. 347, conforme la crítica efectuada a fs. 249/270 y que le fuera contestada por su oponente a fs. 372/383 sosteniendo el fallo impugnado.

Una detenida lectura y valoración de la presentación de la demandada me lleva a considerar que resulta formalmente admisible a la luz de los extremos requeridos por el 60 de la Ley XIV N° 1.

Así y ya en atención a los argumentos que se vierten contra del fallo correspondientes al primer y segundo agravio, vuelvo al origen del planteo (fs. 23vta., p. 1.1) en el que se dan las razones por las que se pretende la declaración de inconstitucionalidad de las normas

convencionales que atribuyen naturaleza extrasalarial a rubros de percepción ordinaria y mensual como contraprestación por el trabajo personal, lo que incidirá en el cálculo y monto de la liquidación pretendida, argumentos que fueran rebatidos por la recurrente a fs. 77vta., p. V., con fundamentos, precedentes y opiniones doctrinarias que han ido perdiendo consenso al advertirse que se contrariaba, en muchos de los casos, el Convenio 95 de la OIT, valen al efecto las razones que motivaron las modificaciones introducidas por la ley 26.341 (ver, *v. gr.*, "Aplicación de las normas de la OIT en los juicios del trabajo", por Carlos Alberto Toselli, citar: elDial.com - DC1994, publicado el 07/11/2012).

Antes de seguir refiriendo a las razones que convalidan lo resuelto, advierto que la queja actual supera lo dicho en aquella oportunidad, introduciendo cuestiones no sometidas a consideración del juez de grado, por lo que toda referencia al plazo de caducidad resulta extemporánea.

Se ha dicho, en postura que comparto, que no obsta al carácter nulo de las cláusulas analizadas que el acuerdo haya sido homologado por el Ministerio de Trabajo, ya que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 9 de la L.C.T., el orden de prelación normativo (art. 31 C.N.), en caso de duda en la aplicación de normas legales o convencionales preponderará la más favorable al trabajador. En el derecho del trabajo, la norma de rango inferior prevalece sobre la superior solo si establece mayores beneficios, que no es justamente el caso que nos ocupa. No puede soslayarse tampoco en este análisis que el principio protectorio es el abrigo del derecho del trabajo y ha sido consagrado constitucionalmente en el artículo 14 bis, que determina que las leyes deben asegurar al trabajador una retribución justa.

Que en materia de derecho del trabajo la naturaleza salarial de las prestaciones está expresamente

legislada. Como señalara, el artículo 103 de la L.C.T. establece que, a los fines de la ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Por lo tanto, una resolución ministerial homologatoria no puede calificar un "incremento de salarios" como no remuneratorio porque ello contraría una norma de rango superior y, además, va en contra de principios elementales del derecho del trabajo. Y que como dice también Fernández Madrid el acto homologatorio no tiene la virtualidad de purgar el vicio de origen, ya que la autoridad de aplicación debe, en todos los casos, hacer un control de legalidad de los convenios y acuerdos, en los términos del artículo 7° de la Ley 14250 y 8° de la LCT. Y si lo hace mal, la sanción es la nulidad de la cláusula que contraría la ley. El convenio colectivo no puede exceder los límites de la disponibilidad colectiva, particularmente cuando se trata de una materia tan delicada como el salario, que se proyecta sobre numerosas prestaciones laborales. Finalmente, no puede soslayarse que conforme a lo dispuesto por el artículo 9 de la L.C.T. cabe a los jueces la interpretación de las normas y, dentro de esa tarea, la determinación del verdadero alcance de un acuerdo de salarios, por lo que resulta inoperante que exista homologación ministerial (ver CNTrab., Sala VIII, 28/09/2017 –"Vega, Gabriela Romina c. Coto C.I.C.S.A. s/ despido"- cita *on line*: AR/JUR/74195/2017 y sus citas). Por lo expuesto, propongo al acuerdo el rechazo de los dos primeros agravios.

En cuanto a la resistida inclusión del SAC en la base del cálculo indemnizatorio del art. 245 LCT, más allá de las razones reiteradamente expuestas en cuanto al punto (ver, *v. gr.*, "Soto...", RSD N° 6/2014/L y "Valencia...", RSD N° 9/2014/L) en las que coincidía en general con los argumentos de la recurrente, priorizando los principios de economía y celeridad y sabiendo que he sostenido una postura definitivamente minoritaria,

sin perjuicio de hacer reserva de la misma, evitando mayor dispendio jurisdiccional me inclino por adoptar en el caso el criterio sustentado, v. gr., por STJ Entre Ríos, Sala III, "Felgueres, Eduardo Enrique c/ Clínica Modelo S.A. -Cobro de Pesos- Apelación de Sentencia- Recurso de Inaplicabilidad de Ley", íd 28918 (elDial.com - AA6D97) anotado por Marta B. Brodsky de Petric en trabajo titulado “La incidencia del SAC en el módulo del art.
245, L.C.T. Un fallo trascendente en la Provincia de Entre Ríos”, citar: elDial.com - DC1693, publicado el 18/08/2011; “La remuneración computable en la indemnización por despido”, por Scotti, Héctor Jorge, publicado en: LA LEY 16/12/2009, 10-IMP 2010-1, 53).

Conforme tal opinión, la naturaleza del sueldo anual complementario, que en el decir de la doctrina es una remuneración suplementaria que se devenga día por día y que por imperativo legal -art. 122 de la LCT- se paga en dos cuotas, pero ese pago "semestral", se refiere a la liquidación o percepción del SAC, y no a su devengamiento -art. 245 LCT-. Y que se encuentre diferido en los dos períodos semestrales fijados en la LCT no es obstáculo para su inclusión en la base de cálculo de la indemnización en cuestión, desde que el art. 245 LCT -texto ordenado por Ley N° 25877- refiere a la "… la mejor retribución mensual… devengada", por lo que claramente la norma exige que sea mensual su devengamiento -adquisición del derecho a percibir el mismo por parte del trabajador- y no su percepción o exigibilidad de pago.

De ello se sigue, señalan, que el SAC debe estar incluido en la base de cálculo indemnizatorio del art. 245 LCT, toda vez que lo que aquí interesa es que su devengamiento se produce diariamente en razón de la prestación de servicios por parte del subordinado, y de este modo, puede afirmarse que la misma integra la calificación de remuneración mensual que exige el dispositivo legal.

Esta interpretación, afirman de modo contundente, está en sintonía con el principio protectorio de rango constitucional –art. 14 bis CN-, y es el criterio adoptado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ("Nagel, Gladys N. c/ Panadería El Cañón y/o Jurio, Aníbal F.", 3/12/91; "Heimann, Raúl Alberto c/ Rigolleau S.A.", 16/11/82; entre otros).

Por todo lo dicho, propongo al acuerdo la desestimación del agravio en cuanto al punto (ver, *v. gr.*, mi voto en "MARTÍNEZ Sandra Valeria c/ EL PINGÜINO SRL s/ DEMANDA LABORAL" (expte. N° 213/2014).

En cuanto a la improcedencia de la sanción prevista en el artículo 2 de la Ley 25323, comparto la postura de la recurrente en cuanto a lo que refiere a los rubros no remuneratorios (ver, *v.gr.*, "INFUNDADA APLICACIÓN DE LAS MULTAS DE LA LEY 25323" por Gabet, Alejandro, publicado en: DT 2014 (febrero), 359, cita *on line*: AR/DOC/97/2014), pero ocurre que intimado debidamente y cumplidos los plazos no se advierte en el recibo de liquidación el pago de la integración del mes de despido y la inclusión del SAC como ya era doctrina dominante en este tribunal, al margen de lo dicho anteriormente en cuanto al tema, lo que no admite enervar dicha resolución (ver en sentido análogo en cuanto al rubro "Sentido y Requisitos del artículo 2° de la Ley 25323", por Mansilla, Alberto, publicado en LLBA 2011 (Septiembre), 929 con cita de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 23/4/08 en "Dolcini, Mirco c/ El Detalle S.A.C.I.F. s/ Diferencias indemnizatorias y reclamo salarial" e "Incremento de las indemnizaciones laborales: la Ley 25323", por Julio Armando Grisolía en www.saij.jus.gov.ar, íd SAIJ: DACF010023).

Conforme lo dicho precedentemente, el quinto agravio a perdido sustancia y en cuanto a los argumentos en torno al incumplimiento de la obligación del art. 80 y normas reglamentarias solo se ha manifestado la voluntad de cumplirla, pero sin efectivizarla hasta el presente y de allí el reproche legal que sustenta el

fallo (ver contenido de la comunicación de fs. 19 y considerandos de fs.
339vta/340).

En cuanto a la falta de aplicación de topes indemnizatorios en el caso y de conformidad con los antecedentes que surgen de la causa, vale tan solo remitir a lo dicho en los autos "Águila, Darío Sebastián c/ Panamerican Energy LLC Suc. Argentina", RSD N° 01/2017, aplicable por su analogía con razones suficientes para rechazar el agravio, por otro la doctrina que avala tal postura es la que prima en este tribunal.

Respecto de la fecha desde la cual se computan los intereses por las sumas correspondientes a los rubros declarados como remunerativos, por las mismas razones que dí al tratar la aplicación de la sanción del art. 2 de la Ley 25323, son los que me persuaden a descalificar el fallo en tal sentido, ya que hasta la notificación de la demanda no existía intimación alguna en cuanto a tal pretensión, en caso de acogimiento la obligación se retrotrae a esa fecha y de allí la constitución en mora. Lo dicho aclara el fallo en cuanto a la fecha desde la cual "fue debida".

En el mismo sentido se ha resuelto: "la procedencia de la diferencia salarial reclamada con sustento en el carácter remunerativo de los beneficios sociales contemplados por el art. 103 bis de la LCT, involucró la declaración de inconstitucionalidad de este dispositivo, por imperio de la doctrina asentada recientemente (septiembre de 2009) por la CSJN en el precedente "Pérez c/ Disco S.A.". En este contexto, no puede considerarse a la empleadora incursa en mora respecto de la diferencia salarial pretendida por los coactores, dado que no existía a la fecha en cuestión, una obligación "exigible" al respecto, máxime cuando ello requirió de modo ineludible la declaración de inconstitucionalidad de la norma aplicable, tarea reservada exclusivamente al Poder Judicial. Desde esta perspectiva, el juego armónico de los arts. 508 y 622

del Código Civil permite apreciar que los intereses se deben en función de la mora, es decir, por la dilación o tardanza en cumplir una obligación determinada; actitud reticente que no se advierte en el *subexámine* con relación a la oportuna entrega de los beneficios sociales que efectuaba la empleadora en los términos del art. 103 bis de la LCT, y art. 52 del CCT 547/03 "E".

Se ha sostenido que para que resulten exigibles los intereses, son necesarios los siguientes requisitos: a) obligación exigible, b) retardo o retraso en el cumplimiento de la obligación, que es un recaudo de carácter objetivo que se verifica cuando el deudor "no se ajusta al comportamiento debido con relación al tiempo en que aquella debió ejecutarse", y c) la culpa o dolo, como elemento subjetivo; ello se requiere porque si no hubiese mediado esta circunstancia, entonces el retardo sería inculpable y no generaría responsabilidad para el deudor, ya que derivaría de caso fortuito o fuerza mayor (conforme Jorge A. Mayo, en “Código Civil”, comentado, anotado y concordado por Belluscio - Zannoni, T. 2, pág. 588, edit. Astrea, Bs. As. 2002)” y que “En el caso particular, y a la luz de lo expuesto en los considerandos anteriores, no puede considerarse que hubo "culpa" de la empleadora deudora, en los términos del art. 512 del Código Civil, en tanto si bien la sentencia -en principio- es declarativa y no constitutiva de derechos, esa declaración impone evaluar los hechos y los datos históricos en el marco en que fueron planteados. Ello permite determinar la aplicación de los intereses correspondientes a partir de la oportunidad en que el trabajador decidió instar la instancia judicial para obtener la declaración de inconstitucionalidad pretendida, es decir, desde la fecha de interposición de la demanda, de acuerdo a la interpretación formulada con arreglo a los arts. 508 y 622 del cuerpo legal citado, sin que sea óbice para ello lo dispuesto en los arts. 137 y 149 de la LCT, ya que

tales dispositivos regulan la mora en el pago de salarios e indemnizaciones, pero no la que eventualmente pudiera verificarse respecto a derechos de procedencia incierta, como se advierte en el caso.

Análogos fundamentos cabe aplicar con relación a la fecha de cómputo de los intereses que corresponde aplicar sobre las diferencias salariales admitidas en los restantes apartados del presente considerando, por lo que la suma que arroje la liquidación que practique el perito contador en la oportunidad del art. 132 de la LO, de acuerdo a las pautas aquí establecidas, llevará los intereses dispuestos en la instancia de grado anterior (que no han sido cuestionados en esta alzada, por lo que permanecen firmes), desde la fecha de interposición de la demanda (8/10/2008) hasta su efectivo pago (ver CNTrab., Sala IV, 28/12/2010 – "Loyola Oscar Alfredo y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ diferencias salariales" - cita: MJJU-M-62784-AR - MJJ62784 - MJJ62784).

En cuanto a la tasa de interés, no es nuevo el planto que se nos formula ante la variantes que se han ido proponiendo en diversos fallos del mismo juzgado en el que ha tramitado la presente obligando ante tal circunstancia a adoptar un criterio que contemple la naturaleza del crédito, la razonabilidad del reclamo de conformidad a la normativa aplicable, haciendo uso de nuestras facultades moderadoras y la actual normativa consagrada en el CCyC. Así y tal como lo señala la recurrente en su memorial ya hemos adoptado un criterio que se reitera en varios fallos, *v.gr.*, "VALENCIA, Cristina Daniel c/ YPF SERVICIOS PETROLEROS S.A. s/ SUMARIO - Cobro de pesos e indem. de ley" (expte. N° 650/2016), evitando un abuso injustificado y a su vez salvaguardar el capital obtenido en la condena por los efectos nocivos provocados por la depreciación monetaria, siendo que del cotejo de las variables, inflación y tasa, que son de público conocimiento, para el caso resulta admisible aplicar la tasa activa del

Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento a treinta días desde que cada suma fue debida hasta finales de 2013 y a partir del primer de enero de 2014 la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut SA.

Por todo lo expuesto se acoge tan solo parcialmente el recurso interpuesto por la demanda, así, y en razón de la mínima incidencia en el resultado propuesto a la luz de lo ordenado por el art. 282 CPr/DJ, no varía la regulación de honorarios ni la condena en costas de la instancia de grado y en la alzada, en razón del resultado obtenido y naturaleza del pleito, las costas se le imponen a la recurrente y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo, en el que se tendrán presentes las pautas arancelarias de la Ley XIII nos. 4 y 15. Se tiene en cuenta la introducción de la cuestión federal planteada por la recurrente (fs. 369vta.).

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Acoger parcialmente el recurso de apelación articulado por la demandada y, en consecuencia, se revoca parcialmente el punto 2 del decisorio impugnado, todo conforme los considerandos pertinentes. Costas de la alzada a cargo de la recurrente, se difiere la regulación de honorarios y queda introducida la cuestión federal, todo conforme los considerandos pertinentes.

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios. Remisión:

El alcance del fallo dictado, los datos del recurso y el contenido de los agravios han sido reseñados por el colega preopinante y a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios:

Los agravios expresados por la recurrente versan sobre los siguientes temas:

- *La declaración de inconstitucionalidad de los convenios que asignan carácter no remunerativo a ciertos conceptos y la vulneración al principio de seguridad jurídica:*

La jueza de grado sostuvo que para determinar la mejor remuneración mensual, normal y habitual que prevé el artículo 245 de la LCT, corresponde computar los rubros vianda (art. 25 CCT 911/10), bono de paz social (art. 29 CCT 611/10) y adicional bono torre (art. 28 CCT 611/10) consignados en los recibos de haberes, como bono paz social, vianda NR art. 9 CCT 511/07, asig. Vianda comp. NR P Jerárquico y adicional torre.

> El fundamento es claro y sencillo: integraban la remuneración normal y habitual del trabajador y deben ser considerados como integrantes del salario con base en las previsiones del convenio 95 de la OIT. Ello sin perjuicio de ser calificados como no remuneratorios por la Convención Colectiva aplicable al caso, dado que las obligaciones derivadas de las normas preeminentes de nuestro ordenamiento no pueden eludirse mediante la utilización de subterfugios terminológicos.

Los argumentos expresados en el primer y segundo agravio del memorial no tiene entidad para quebrar el razonamiento lógico de la sentencia basado –como he dicho- en las normas preeminentes de nuestro ordenamiento; razonamiento que además se ajusta al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia.

En ese orden de ideas, corresponde destacar que en la sentencia dictada el 1/09/2009 en los autos "Pérez, Raúl Aníbal c/ Disco S.A.", declaró la inconstitucionalidad del artículo 103 bis, inciso c) de la LCT (texto s/ Ley 24700) relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a estos naturaleza salarial. En lo que aquí interesa determinó: "la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los particulares, le atribuyan... sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se

pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional" y que "el artículo 103 bis, inciso c, no proporciona elemento alguno que, desde el ángulo conceptual, autorice a diferenciar a la concesión de los vales alimentarios asumida por el empleador de un mero aumento de salarios adoptado a iniciativa de este" (considerando 5°) Agregó que "toda ganancia que el trabajador obtiene del empleador, con motivo o a consecuencia del empleo, resulta un salario, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa. Esa contraprestación solo puede ser llamada jurídicamente, salario, remuneración o retribución" (considerando 6°).

El mentado criterio fue reafirmado en un pronunciamiento posterior (sentencia del 19/05/2010, en autos "González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro") en el que se analizó la validez de las asignaciones no remunerativas establecidas por decreto.

Concretamente, se planteó en la instancia extraordinaria la revisión de una sentencia de Cámara que, al modificar el fallo de primera instancia, redujo la condena por diferencias en las indemnizaciones por despido y por vacaciones no gozadas y en el sueldo anual complementario, pues desestimó el planteo de inconstitucionalidad de los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 que calificaron como "asignaciones no remunerativas de carácter alimentario" a las prestaciones establecidas a favor de los trabajadores y rechazó la pretensión del demandante de que aquellas se consideraran para el cálculo de los rubros reclamados.

La Corte estableció que el desconocimiento de la naturaleza salarial de la prestación trastornó la finalidad reparadora del régimen indemnizatorio del artículo 245 de la LCT, reglamentario del artículo 14 bis de la CN, que ordena proteger al trabajador contra el des-pido arbitrario, pues condujo a que la indemnización desconociera la concreta realidad a la que quiso atender al limitar uno de los elementos de cálculo

de la indemnización que constituye uno de los dos indicadores de esa realidad, que es el salario realmente percibido por el trabajador.

Asimismo, se remitió a las consideraciones que en materia de conceptualización del salario había expuesto en la sentencia del 01/09/09, autos "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A." (considerando 4°).

Posteriormente, el 4 de junio de 2013, se pronunció sobre las sumas no remunerativas establecidas en un acuerdo colectivo, en autos "Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." reafirmando el concepto de salario en términos amplios, sin que puedan admitirse retaceos derivados de la ley o de un acuerdo colectivo.

Esta triada de fallos establecen una premisa clara: las normas constitucionales y las de los tratados y/o el orden público laboral no puede modificarlas el Poder Ejecutivo ni la voluntad colectiva.

Es que, sin ambages "indica al Poder Ejecutivo y a los actores sociales de la negociación colectiva, que las prestaciones no remunerativas violan el Convenio 95 de la OIT y las normas de orden público de la LCT (art. 103), no admiten que la voluntad unilateral del empleador, la voluntad de los actores sociales (el sindicato y la representación empresaria), ni el Poder Ejecutivo puedan alterar por su decisión o por vía de la autonomía de la voluntad colectiva la naturaleza jurídica de una prestación como es la remuneración" (De D., Julián A., "Mensajes de la Corte Suprema al mundo del trabajo", LL 2015-F, 1136).

Bajo estas premisas, es nítida la improcedencia de los agravios, puesto que, como he dicho, no tienen entidad alguna para conmover la motivación del fallo impugnado. Por estas razones -que reiteradamente venimos sosteniendo- es que adhiero al rechazo de estos agravios.

- *La inclusión del sueldo anual complementario en la base de cálculo de la indemnización:*

Esta cuestión ha merecido, también, tratamiento por parte de este tribunal en múltiples precedentes (a modo de ejemplo cito entre otras las siguientes sentencias definitivas laborales N° 5/11/L del 31/5/11; 6/11/L del 3/6/11, 24/11/L del 15/11/11; 4/13/L del 5/2/13; 21/14/L del 8/9/14; 22/14/L de 9/12/14; 23/14/L del 10/9/14 y 01/2017 del 1/2/2017, entre otras); de modo tal que la inclusión del sueldo anual complementario en la base del cálculo indemnizatorio constituye, también, un criterio consolidado de este tribunal.

Las razones que sustentan la adopción del criterio reseñado son:

- La naturaleza del sueldo anual complementario que es la de un salario diferido. En consecuencia, más allá de la modalidad que se adopte para su pago, es claro que se devenga en la medida que el trabajador preste servicios. Además y obviamente, participa de las cualidades de normalidad y habitualidad que la ley exige para determinar la base indemnizatoria.

- La actual redacción del artículo 245 de la LCT, que ha sustituido la palabra "percibido" por "devengada" –argumento utilizado por la jueza de grado y ampliado por el primer votante-.

- La calidad del trabajador como sujeto de tutela preferente (art. 14 bis CN y PISDEC entre otros Tratados de Derechos Humanos incorporados a la CN por el artículo 75, inc. 22).

- La regla de la norma más favorable para el trabajador que consagra el artículo 9 de la LCT.

Asimismo es dable remarcar que esta no es una interpretación aislada, sino que ha sido sostenida por varios superiores tribunales locales; verbigracia los de las provincias de Entre Ríos, Buenos Aires, Santa Fe, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero y San L..

Por estas razones que inveteradamente vengo sosteniendo, es que propicio el rechazo del recurso.

- *La multa del artículo 2 de la Ley 25323:*

La demandada sostiene la improcedencia de la multa del artículo 2 de la Ley 25323 con base en la inexistencia de la intimación fehaciente que requiere la ley. Concretamente sostiene: "… conforme el intercambio telegráfico habido entre las partes si bien sucedió no lo fue con el alcance que la ley otorga a dicho acto". Alude luego a la inexistencia de mora, ya que para que la misma se configure requiere la existencia de un crédito exigible.

En orden al primer fundamento, he de señalar en primer término la insuficiencia argumental puesto que en ningún momento se precisan las falencias que se le endilgan a la intimación que serían además las exigidas por ley. Luego y fundamentalmente se trata también de un argumento que no fue puesto a consideración del tribunal de grado; en efecto, al contestar la demanda se cuestionó la procedencia de la multa arguyendo que la intimación no fue efectuada en tiempo oportuno –fs. 81 vta.-. Es decir, nada dijo respecto a una eventual ausencia de recaudos legales; extremo que demuestra la extemporaneidad del agravio.

Luego, respecto a la exigibilidad de los créditos la recurrente pretende minimizar los alcances de la intimación cursada por el trabajador el día 27 de enero de 2012 –fs. 123- que fueran respondidos por carta documento –fs.20- y reitera argumentos ya puestos a consideración de la jueza de grado. Lo cierto es que la insuficiencia denunciada por el trabajador efectivamente ha sido reconocida en esta sede y para ello fue necesario la promoción de la acción, es decir el litigio no se evito.

Por estas razones que aduno a las dadas por el colega preopinante, propicio el rechazo del agravio.

- El modo de cuantificación de las diferencias salariales e indemnizatorias:

El quinto agravio es genérico y confuso; por lo tanto rebate de modo insuficiente la solución consagrada en el fallo.

Así, como señala el actor, el fallo condena exclusivamente por diferencias indemnizatorias de modo tal que la inclusión en el título –fs. 361vta.- y luego en el desarrollo argumental de diferencias salariales no se condice con la realidad de este proceso. Luego la mera referencia a la pericial contable no autoriza la revisión del fallo en tanto no se ha refutado un argumento nuclear de la decisión: la aplicación de las previsiones del artículo 55 LCT por falta de exhibición de la documentación laboral.

Por estos motivos que aduno a los dados por el colega preopinante es que adhiero al rechazo del recurso. - *La multa establecida del art. 80 LCT:*

Los fundamentos del fallo respecto a la procedencia de la multa del artículo 80 LCT se mantienen incólumes y por lo tanto corresponde la confirmación de lo resuelto; en efecto, el recurrente no ha podido desvirtuar el núcleo de la decisión que es la falta de entrega de los certificados.

La recurrente al expresar agravios alega que las certificaciones reclamadas fueron puestas a disposición del actor. Sin perjuicio de que tal extremo no surge del intercambio epistolar (la empleadora solo dijo que las certificaciones serían entregadas en los plazos de ley conforme resulta de las cartas documentos obrantes a fs. 19 y 20), lo cierto es que aun cuando así hubiere sido no tendría entidad para fundar una solución distinta. Es que la puesta a disposición de los certificados mediante carta documento no basta por sí sola para configurar la mora de la acreedora (*cf.* CNAT, Sala V, 28/11/2012 en autos: "C., B. S. c/ Babbo S.A. y otros s/ despido MJ-JU-M-77080-AR).

La orfandad argumental del agravio determina su rechazo que propicio.

- Los topes indemnizatorios:

La cuestión relativa a los topes indemnizatorios de los trabajadores encuadrados en la Convención Colectiva n° 611/10 ya ha sido resuelta por este

tribunal y el fallo impugnado se ajusta a los argumentos que hemos dado para rechazar las pretensiones de aplicar la reducción de la base indemnizatoria en un 33% en un todo de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación precedente "Vizzoti"- por tratarse de un supuesto diferente y por lo tanto no equiparable.

Repárese que como lo he señalado en anteriores pronunciamientos (S.D. L. N° 1/2017 del 1° de febrero de 2017 y N° 50/2017), la aplicación del convenio colectivo individualizado y la falta de publicación de los topes por parte del Ministerio de Trabajo son determinantes en orden a la cuestión debatida. Ello porque como puntualiza calificada doctrina, con sólida base jurisprudencial: "Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo.

El verbo "fijar" implica que es imprescindible la actividad estatal, por lo que no cabe a las partes efectuar ese cálculo ante la inactividad del Ministerio mencionado. Si el MTESS omitiera fijar y publicar el tope, el crédito indemnizatorio debe ser calculado con las restantes pautas de la ley, pues no resulta pertinente la fijación de límites por parte de otra entidad que no sea el poder estatal erigido en autoridad de aplicación" (Ojeda, Horacio Raúl "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada", Tomo III, segunda edición actualizada, Santa Fe, 2011, comentario art. 245, p.385).

Insisto, entonces la falta de fijación de topes impide su aplicación y no es dable siquiera la disminución que se pretende por la aplicación lisa y llana de la doctrina del precedente "Vizzoti", en el marco de lo resuelto por otros tribunales, porque estamos ante situaciones que no son idénticas y tampoco equiparables.

La solución cuya conformación proponemos se ciñe estrictamente al propio texto del artículo 245 de la LCT.

- La fecha de cómputo de los intereses sobre las sumas declaradas como remunerativas:

Los novedosos argumentos del recurrente respecto al momento de de los intereses para las diferencias indemnizatorias generadas por la exclusión de las sumas no remunerativas de la base indemnizatoria para el cálculo de los intereses no prosperarán con base en las consideraciones que se siguen.

La declaración de inconstitucionalidad de las normas colectivas reseñadas y que fueran objeto de control constitucional tiene como lógica consecuencia que se resuelva el caso prescindiendo de ellas, es decir como si no existieran (CSJN, Fallos, 202:184, 264:364) y consecuentemente con efectos retroactivos.

Ergo, si la declaración de

inconstitucionalidad implica, en nuestro ordenamiento, una declaración de inaplicabilidad (*cf*. Bianchi, Alberto, B., "Control de constitucionalidad", t. I, 2ª. ed., Bs.As., 2002, p. 343), cabe concluir que los intereses son debidos desde que las indemnizaciones resultaron exigibles conforme lo prevé la ley laboral.

Por estas razones es que propicio el rechazo del agravio.

- La tasa de interés:

El agravio prosperará en forma parcial, con base en las siguientes consideraciones.

El Superior Tribunal ha determinado que la facultad judicial de determinación de los intereses debe ejercerse "cuando la parte actora no especifica en el libelo inicial la tasa de interés conforme la cual deberá ser liquidada la acreencia cuyo cobro persigue" (*cf*. Sentencia Definitiva registrada bajo el N° 19/SCA/2015 del 30/6/2015).

En función de lo expuesto y dado que la actora peticionó la aplicación de la tasa activa para operaciones de descuento que fija el Bando del Chubut o el Banco de la Nación Argentina, cualquiera de estas entidades oficiales que a criterio del tribunal refleje con mejor ajuste el costo del dinero y crédito en plaza" propicio la aplicación de esa tasa que es la que habitualmente aplicamos (Banco Nación) aunque no para la integralidad del período de la mora.

Ello por cuanto, conforme vengo señalando en diversos pronunciamientos (entre ellos el citado por el actor al alegar) las variaciones de la economía demuestran la afectación de los créditos laborales en el período posterior al 2013, conforme resulta del cotejo de las siguientes variables (inflación y tasa):

2011	9,5	18,86
2012	**10,8**	**18,91**
2013	10,9	18,86
2014	**23,9**	**24,59**
2015	26,8	25,06

En definitiva, la secuencia numérica precedente reafirma que el resultado negativo solo se verifica a partir del año 2014 y no durante el periodo integral de la mora.

De modo tal que asiste parcial razón al recurrente y por ello propicio hacer lugar al agravio y se ordene la aplicación de la tasa reseñada (activa para descuento de documentos a treinta días del Banco de la Nación Argentina) desde que cada suma fue debida hasta el 31 de diciembre de 2013 y desde el 1° de enero de 2014 hasta su efectivo pago la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut SA, que es la adecuada para las circunstancias del caso como ha señalado el Superior Tribunal de Justicia en el precedente individualizado.

Por las razones expuestas propongo el acogimiento parcial del agravio.

3. Costas y honorarios:

Las costas de esta instancia deben ser impuestas al demandado vencido en lo sustancial.

Los honorarios corresponde sean fijados de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las es-calas específicas del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto, propongo la determinación de los correspondientes a los Dres. J. M. P., J. H. P. y E. J. M., en forma conjunta, en el 30% de los establecidos en la instancia de grado y los de la Dra. M. P. F. A. en el 25% de los regulados en primera instancia a la representación letrada de la parte demandada, en su conjunto. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

Considero que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso, revocando el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia únicamente en cuanto a la tasa de interés a aplicar, que se fijará conforme lo señalado en el considerando respectivo, con costas a la demandada.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Acoger parcialmente el recurso de apelación articulado por la demandada y, en consecuencia, revocar parcialmente el punto 2 del decisorio impugnado de fs. 328/343, ordenando la aplicación de la tasa activa para descuento de documentos a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde que cada suma fue debida hasta el 31 de diciembre de 2013, y desde el 1 de enero de 2014 hasta su efectivo pago, la aplicación de la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut SA.

2) Costas de la alzada a cargo de la recurrente.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a los Dres. J. M. P., J. H. P. y E. J. M., en forma conjunta, en el

treinta por ciento (30%) y los de la Dra. M. P. F. A. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Tener presente la reserva del caso federal.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara